

CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Guilherme Guimarães Ludwig¹

No Estado de Direito toda conduta do agente público é, em regra, rigorosamente regulada pelo ordenamento jurídico, de modo a restringir a sua liberdade à prática do ato, seja em seus aspectos formais, seja quanto ao conteúdo. É assim fixada a premissa clássica, pela qual, se ao particular é possível agir conforme tudo aquilo que não lhe seja proibido, a Administração Pública, ao revés, deve permanecer restrita ao quanto expressamente permitido.

Para o desempenho de suas funções no organismo estatal, a Administração Pública dispõe de deveres-poderes que lhe asseguram posição de preponderância sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Na concepção liberal do Estado de Direito, tais poderes estariam limitados pela lei, para impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades pudessem ser levadas.

Tratava-se, portanto, no paradigma da modernidade, do que se entendia por vinculação do ato administrativo: uma decorrência direta da vinculação à legalidade antes mencionada, como garantia em favor da sociedade, na medida em que, não eliminando, ao menos poderia limitar significativamente o subjetivismo individualista ou egoístico na gestão pública.

Em âmbito do direito administrativo, se a vinculação aos rigores da lei era assim a regra geral para o agente público, em outra mão se tornava necessário deixar a este mesmo agente alguma margem ao poder discricionário. Não se concorda, entretanto, com Fernanda Marinela Santos, quando aduz que no exercício deste poder o agente teria liberdade para atuar de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade, de tal forma que, havendo duas alternativas, o administrador poderia optar por uma delas, escolhendo a que em seu entendimento melhor preservasse o interesse público².

Como pondera Kaline Ferreira Davi, não é característica própria da discricionariedade a livre atuação do agente público, mas sim o dever de avaliação do caso concreto até que seja encontrada a única solução correta. Verificada a impossibilidade de tal procura diante de total falta de critérios objetivos, é aceito, apenas então, algum nível de liberdade ao administrador público³.

A partir do Estado moderno, discricionariedade já não mais se confundia com arbítrio, motivo pelo qual sempre se tratou de uma liberdade meramente aparente. Não era dado ao agente

¹ Juiz do Trabalho na 5ª Região/Bahia, Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – AMATRA5, Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Titular da Cadeira 62 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho – ABDT.

² SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. *Direito administrativo*. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2006, p.139-140.

³ DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão política da administração pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.128.

público escolher, baseado em seu livre querer, a solução de cada caso.

Consoante Odete Medauar, o estudioso do direito administrativo deve rejeitar o equívoco da linguagem corrente acerca da utilização do termo “discricionário” com o sentido de “arbitrário”, pois, se o poder discricionário, caracterizado essencialmente como escolha de uma entre várias soluções, é conferido por normas legais, deve atender então a parâmetros no seu exercício. Em verdade, sustenta essa autora, o que há é uma espécie de “discricionariedade vinculada”, porque orientada pela satisfação do interesse público⁴.

Numa perspectiva mais geral, Ricardo Maurício Freire Soares aponta que o conceito de discricionariedade encontrar-se-ia ligado à ideia de interpretação. Superada a concepção de que o agir discricionário fosse sinônimo de liberdade absoluta e de que resultasse necessariamente da simples indeterminação da norma, seria possível o conceituar como o dever-poder do aplicador, após o exercício da interpretação subjetiva para estabelecer qual seria, no caso concreto, a decisão que melhor atendesse à vontade da lei⁵.

Conforme pontua Celso Braga de Castro, se a Administração Pública, ao estabelecer parâmetros e limites para garantir a liberdade de uns, cerceia a de outros no exercício de um poder em função do qual se aparelha para o cumprimento do dever administrativo, não pode haver em seu favor liberdade de nenhuma espécie e em sentido próprio. Isso porque a ninguém é dada a liberdade de tirar a liberdade de outrem⁶.

A realização da situação fática moldurada da norma é a oportunidade em que o administrador deverá identificar a melhor solução possível, o que, neste sentido, é plenamente vinculante para o administrador público. A discricionariedade decorre, portanto, de uma ciência do legislador acerca da impossibilidade de previsão, que resulta no deslocamento da apreciação para o momento do fato. Na discricionariedade a obtenção da melhor solução transcende o valor da segurança jurídica. A margem de segurança resulta do refinamento da argumentação justificante e das circunstâncias específicas do caso concreto.

Em outras palavras, discricionariedade configura-se apenas como uma resultante da insuficiência de diagnóstico. Há, dessa maneira, maior qualidade das normas discricionárias em relação aos seus efeitos, o que se traduz em uma maior especificidade. Não se trata de escolha, mas sim de método e cálculo ou, em última análise, de um dever de adequação. Sendo assim, a discricionariedade não pode ser tecnicamente confundida com o arbítrio, motivo pelo qual se trata, no máximo, de uma liberdade meramente aparente, pois não é permitido ao agente público escolher, baseado em seu livre e exclusivo querer, a solução que mais conveniente ou oportuno lhe pareça em

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.108.

⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p.103.

⁶ CASTRO, Celso Braga de. *Desvio de conduta na administração pública*. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f., p.16.

cada caso. A conveniência e a oportunidade são verdadeiramente da sociedade e não do agente público.

Em um ambiente de constante mutação fático-valorativa, quanto mais distante estiver o momento de concreção da norma em relação ao momento de sua produção, maior será logicamente a possibilidade de uma aplicação divorciada da solução mais adequada e correta. A busca pela Administração Pública em prol da otimização de resultados é que leva, em determinados momentos, a que a solução seja preestabelecida pela lei com traços mais nítidos e, noutros, a que seja fixada *a posteriori*, assegurando uma interação mais rica com a realidade fática futura. A discricionariedade não se reflete ontologicamente, portanto, em nenhuma margem de escolha em favor do administrador⁷. Ainda para o mesmo autor, “a discricionariedade é o manto preferencial no qual a arbitrariedade busca abrigo. Quanto mais se puder elastecer a idéia de discricionário, mais se protegerá o arbítrio”⁸.

Considerando que o pós-positivismo jurídico acarretou uma série de transformações no Direito, oriundas da complexidade crescente dos sistemas constitucionais contemporâneos, da correção moral do Direito e da força normativa dos princípios, o que, por seu turno, fez derivar uma nova concepção da legalidade – princípio da juridicidade –, se torna certo que a própria noção originária da extensão e dos limites do exercício do poder discricionário passou a carecer de necessária e urgente atualização.

Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a necessidade de apreciações de circunstâncias particulares em cada caso, bem assim de avaliação de oportunidade no exercício do poder público, estimula a técnica da delegação de poderes discricionários, o que corresponde substancialmente à política. Em razão deste fundamento é que existem determinadas atribuições da Administração Pública que, por sua própria natureza, ou seja, pela insuscetibilidade de emolduramento em fórmulas fixas, não podem deixar de envolver alguma conduta discricionária⁹.

A emergência da juridicidade administrativa, tal como anota Gustavo Binbenjón, proporciona a vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição, motivo pelo qual se afasta a dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, se tratando agora de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Logo, a discricionariedade deixa de corresponder a um campo de liberdade decisória externa ao Direito, imune ao controle jurisdicional. Pelo contrário, tal sindicabilidade será proporcional a um maior ou menor grau de vinculação à juridicidade, o que não atende a uma lógica meramente normativa, mas também uma dinâmica

⁷ CASTRO, Celso Braga de. *Desvio de conduta na administração pública*. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f., p.23.

⁸ *Ibidem*, p.30.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.391.

distributiva funcionalmente adequada de tarefas e responsabilidades entre a Administração Pública e o Poder Judiciário. Nos campos de alta complexidade técnica ou quando os atos administrativos demandem um lastro de legitimação democrática e um procedimento amplo e efetivo dos administrados, por exemplo, pode ser justificada uma menor intensidade de controle pelo Poder Judiciário, se evitando os riscos de uma judicialização administrativa. Por outro lado, o grau de controle poderá ser mais denso quando a atuação administrativa ou legislativa importar em maior restrição a direitos fundamentais¹⁰.

Para esse autor, a discricionariedade administrativa “deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição”¹¹.

É que o mérito administrativo no ato discricionário passa a se vincular aos princípios constitucionais, substituindo a clássica dicotomia dos atos entre vinculado e discricionário pela classificação de graus de vinculação à juridicidade, em escala decrescente de densidade normativa vinculativa¹². A teoria do desvio de poder não importa em controle do mérito, mas um estreitamento de seu âmbito, uma diminuição do espaço de escolha do administrador, o mesmo se dando com a verificação do atendimento da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Não há conveniência e oportunidade fora deste limites¹³.

De acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha, a discricionariedade nos moldes atuais, ao invés de vedar, antes exige que haja controle sobre o desempenho no qual ela se mostre. Não apenas recrudescer o espaço da discricionariedade, como o direito do cidadão de exercer o controle se afirmou e se ampliou. Para ela, “o que predomina hoje na concepção de discricionariedade é que o administrador público está sempre sujeito ao Direito, e o Direito jamais está sujeito ao administrador público, nem mesmo quando este atua discricionariamente”¹⁴.

Ao se redesenhar a vinculação à legalidade, para uma relação mais abrangente e de imprescindível conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, é evidente que o espaço de liberdade para atuação discricionária na esfera tipicamente administrativa tendeu naturalmente a diminuir. Mesmo diante da previsão legal do poder discricionário, o agente público se encontra vinculado à concretização do arcabouço de princípios implícitos e explícitos decorrentes do sistema jurídico, vale dizer, às balizas da juridicidade. A rigor, se encontra superado o clássico antagonismo entre conduta vinculada e conduta discricionária, passando a somente se tratar de graus distintos de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.39-40.

¹¹ *Ibidem*, p.71.

¹² *Ibidem*, p.209.

¹³ *Ibidem*, p.210.

¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.119-120.